

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber **Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht**

Chefredakteur **Christian Schumacher**

Redaktion **Rainer Beetz, Reinhard Hinger**

Ständige fachliche Mitarbeit **Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig**

November 2019

06

257 – 312

Beiträge

EU-Lauterkeitsrecht 2.0 *Erika Ummenberger-Zierler,
Anna-Katharina Wilfing und Judith Stenitzer* ➔ 260

**Konzernhaftung und „wirtschaftliche Einheit“ nach
Kartell- und Datenschutzrecht**
Heinrich Kühnert und Nino Tlapak ➔ 267

**Internationale Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht
zu EuGH AMS Neve** *Alexander Hofer* ➔ 273

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 275

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 280

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 284

**Rechtsprechung des OLG Wien
im Markenregisterverfahren/in Patentsachen** ➔ 285

Leitsätze

Nr 25 – 27 ➔ 286

Rechtsprechung

Fashion ID – Facebook-„Like-Button“ benötigt Zustimmung
Michael Horak und Philipp Spring ➔ 291

Buchstabe „T“ – Schutzfähigkeit einer Ein-Buchstabenmarke
Clemens Grünzweig ➔ 298

**AMS Neve – Ort der Begehungshandlung
bei digitaler Vermarktung** ➔ 301

Blasenkatheterset – Rechnungslegung ohne Verkauf?
Alexander Koller ➔ 306

**Bau Service GmbH – Zuständigkeit bei Verletzung des Rechts
an der Firma** *Walter H. Rechberger* ➔ 308

Leitsätze
mit Glosse!

Konzernhaftung und „wirtschaftliche Einheit“ nach Kartell- und Datenschutzrecht

Eine kritische Auseinandersetzung an der Schnittstelle zwischen Datenschutz- und Kartellrecht

Die DSGVO hat rund um den 25. 5. 2018 den Höhepunkt der medialen Berichterstattung erreicht und auch aufgrund der hohen Strafdrohung für viel Kopfzerbrechen bei Unternehmen gesorgt. Während andere MS seither bereits sechs- oder siebenstelligen Geldbußen verhängt haben,¹⁾ wurden in Österreich bisher nur knapp € 5.000,- iZm einer Videoüberwachung schlagend.²⁾ Da es sich dabei aber auch um 10% der in § 62 DSG vorgesehenen Höchststrafe handelt, ist die Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die nach der DSGVO vorgesehenen Geldbußen gerade für international vernetzte Konzerngesellschaften besonders relevant. Doch genau hier lassen sowohl die DSGVO als auch das DSG die erforderliche, klare Abgrenzung des Konzernbegriffs vermissen. Lediglich ErwGr 150 verweist pauschal auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Durch die dort etablierte Rsp rund um die „wirtschaftliche Einheit“ könnte der Haftungsbogen jedoch weiter gespannt werden, als bisher gedacht, und es bleiben Auslegungsfragen offen.

Von Heinrich Kühnert und Nino Tlapak

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung – Strafregime der DSGVO
 - 1. Ausgangslage und Grundlagen in der DSGVO
 - 2. Verantwortlicher vs Unternehmen?
- B. Die Konzernhaftung im Kartellrecht
 - 1. Normadressat und Zurechnung
 - 2. Fallgruppen
 - 3. Würdigung
- C. Übertragung auf das Datenschutzrecht
 - 1. Problemaufriss
 - 2. Unterschiede zwischen Kartell- und Datenschutzrecht
 - 3. Gegenmeinungen aus der Lehre und Praxis

A. Einleitung – Strafregime der DSGVO

1. Ausgangslage und Grundlagen in der DSGVO

Mittlerweile haben die meisten Unternehmen die wesentlichen Dokumentationspflichten nach der DSGVO – oftmals mit Fokus auf sensible Bereiche – umgesetzt. Der Schwerpunkt lag dabei va auf der Erstellung des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten, der Datenschutzhinweise, Einwilligungserklärungen, Auftragsverarbeitungsvereinbarungen mit Dienstleistern und Datenschutz-Folgenabschätzungen. Ein gutes Jahr nach Anwendbarkeit der DSGVO sind dennoch einige Unternehmen damit beschäftigt, sich den aufgrund der erfolgten Priorisierung zurückgestuften weniger sen-

siblen Verarbeitungen zu widmen und so bestehende Lücken aufzuarbeiten. Parallel dazu kann es auch bei bester Vorbereitung, **anhaltendem Problembewusstsein** und etablierten Compliance-Prozessen zu vereinzelt Datenschutzverstößen kommen. Dies va durch die weite Begriffsdefinition, wonach die Palette von Irrläufer-Mails, falschen Auskünften am Telefon über verlorene Speichermedien bis hin zum klassischen Hacking-Angriff reicht.

Bei diesen und vergleichbaren Vorkommnissen sind Unternehmen neben der – praktisch weiterhin kaum relevanten – Frage eines etwaigen direkten Schadenersatzanspruchs des Betroffenen va mit den hohen Geldbußen der DSGVO konfrontiert. Art 83 Abs 4 und 5 DSGVO sehen bei Verstößen eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters gegen die Bestimmungen der DSGVO eine Geldbuße von bis zu 10 bzw 20 Mio Euro oder von bis zu 2 bzw 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs vor, wobei auf den jeweils höheren Wert abgestellt wird. Bei Einzelunternehmen daher ein kalkulierbares – wenn auch potentiell schmerzliches – Risiko. Spannend ist jedoch die bisher durch

1) Vgl dazu ua die von der französischen CNIL am 21. 1. 2019 verhängte Geldbuße idHv 50 Mio Euro gegen Google LLC oder die von der portugiesischen CNPD bereits im Oktober 2018 ausgesprochene Strafe von € 400.000,- gegen das Krankenhaus Barreiro Montijo.

2) Siehe dazu den Tätigkeitsbericht der DSB für 2018; www.dsb.gv.at/documents/22758/115209/datenschutzbericht_2018.pdf/86c43a23-7778-487a-88c4-a151d4b00a77 (Stand 21. 10. 2019).

ÖBI 2019/69

Art 101, 102
AEUV;
§§ 1, 2 KartG;
Art 4, 83,
ErwGr 150
DSGVO

Geldbuße;
Unternehmen;
Datenschutz-
verstoß

die Rsp nicht geklärte Frage der **Zurechnung im Konzern**: Können allfällige Verstöße einer – uU sogar nicht alleine, sondern nur gemeinsam mit einem Mitgesellschafter beherrschten – Tochtergesellschaft eine Haftung der beteiligten Muttergesellschaft(en) auslösen? Falls ja, wie sieht dies bei getrennten Organisationen für die operative Servicing unterschiedlicher Geschäftsbereiche aus?

2. Verantwortlicher vs Unternehmen?

Hintergrund ist das **Wording der DSGVO**: Dem alten Vorbild der DatenschutzRL folgend wird nicht auf einen konkreten Unternehmensbegriff abgestellt. Vielmehr spricht die Definition des Verantwortlichen nach Art 4 Z 7 DSGVO von einer „*natürlichen oder juristischen Person, Behörde, Einrichtung oder anderen Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet*“.

Im Gegenzug dazu definiert **Art 4 Z 18 DSGVO** ein Unternehmen als „*eine natürliche und juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, einschließlich Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen*“, während eine Unternehmensgruppe nach Art 4 Z 19 DSGVO wiederum als „*Gruppe, die aus einem herrschenden Unternehmen und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht*“, definiert wird. Da jedoch weiterhin (i) kein Konzernprivileg eingeführt wurde (s dazu im Detail unten in Pkt C) und (ii) damit jedes Unternehmen selbst als Verantwortlicher zu qualifizieren ist, ist dieser besondere Begriff der Unternehmensgruppe lediglich für Regelungen zu Binding Corporate Rules und zur Bestellung des Datenschutzbeauftragten relevant.³⁾

Zusätzlich stellt aber bereits **ErwGr 37** klar, dass „*ein Unternehmen, das die Verarbeitung personenbezogener Daten in ihm angeschlossenen Unternehmen kontrolliert, zusammen mit diesen als eine ‚Unternehmensgruppe‘ betrachtet werden [sollte]*“. In dieselbe Kerbe schlägt **ErwGr 150**, der den Begriff des Unternehmens hinsichtlich der Geldbußen spezifiziert und konkret auf den funktionalen Unternehmensbegriff nach Art 101 und 102 AEUV verweist. Auch wenn es dazu aktuell noch keine (österr) Rsp gibt, besteht daher aufgrund des expliziten Verweises – wenn auch nur in den Erwägungsgründen – ein starkes Indiz, dass für eine etwaige Haftung und Bemessung der Geldbuße auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff abgestellt wird.

B. Die Konzernhaftung im Kartellrecht

1. Normadressat und Zurechnung

Die kartellrechtlichen Verbote des Eingehens wettbewerbswidriger Absprachen (Art 101 AEUV; § 1 KartG⁴⁾) und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV; § 5 KartG) richten sich an „Unternehmen“. Verstöße gegen diese Bestimmungen werden mit Geldbußen geahndet, die wiederum gegen „Unternehmen“ verhängt werden.⁵⁾ Der Begriff des Unternehmens ist ein genuin kartellrechtli-

cher, dessen nähere **Definition** in der Rsp des EuGH herausgearbeitet wurde. Danach umfasst dieser Begriff jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁶⁾ Eine derartige wirtschaftliche Einheit kann aus mehreren juristischen oder natürlichen Personen bestehen.⁷⁾

Bei der Anwendung dieser Regelungen stellen sich jedoch **Zurechnungsfragen**. Denn zum einen wird kartellrechtswidriges Verhalten von natürlichen Personen gesetzt, und zum anderen muss eine Geldbuße, um vollstreckbar zu sein, gegen Personen verhängt werden, auch wenn das Unternehmen als Adressat der Geldbußendrohung nicht als Rechtsperson organisiert sein muss. Was die Frage der Zurechnung des Verhaltens der handelnden natürlichen Personen betrifft, verfolgt das Kartellrecht einen sehr **weiten Ansatz**: Erforderlich ist lediglich, dass die handelnde Person im Allgemeinen berechtigt ist, für das Unternehmen tätig zu werden; ein Tätigwerden oder auch nur die Kenntnis der Eigentümer oder Geschäftsführer ist hingegen nicht erforderlich.⁸⁾ Ebenso verfolgt die Rsp bei der Frage, welche juristische Person als Adressat einer Geldbußenentscheidung in Frage kommt, einen weiten Ansatz. Bereits im Jahr 1972 hat der EuGH bejaht, dass die Kom eine Muttergesellschaft von an einem Kartellrechtsverstoß beteiligten Tochtergesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen für diese Verstöße mit einer Geldbuße belegen durfte.⁹⁾ Praktisch hat dies zur Folge, dass die Bußgeldobergrenze von 10% des Gesamtumsatzes¹⁰⁾ auf Basis der Umsätze der Muttergesellschaft berechnet werden kann und dass Mutter- und Tochtergesellschaft für die Geldbuße zur ungeteilten Hand haften. Die näheren Voraussetzungen für die so begründete kartellrechtliche Konzernhaftung wurden jedoch erst im Laufe der Zeit durch die Rsp herausgearbeitet.

2. Fallgruppen

Hinsichtlich der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die EK für Haftungszwecke von einer wirtschaftlichen Einheit ausgehen darf, lassen sich in der Rsp drei wesentliche **Fallgruppen** unterscheiden:

- Die erste Gruppe betrifft Fälle, in denen die Muttergesellschaft alle oder fast alle Anteile an der Tochtergesellschaft hält.
- In der zweiten Fallgruppe ist die Muttergesellschaft nicht (fast) Alleingesellschafter der Tochtergesellschaft.

3) Vgl dazu *Faust/Spittka/Wybitul*, Milliardenbußgelder nach der DSGVO? ZD 2016, 123.

4) KartG BGBl I 2005/61 idF BGBl I 2017/56.

5) Art 23 Abs 2 VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI L 2003/1, 1; § 29 Abs 1 KartG.

6) EuGH 23. 4. 1991, C-41/90, *Höfner und Elser/Macrotron*, Rz 21.

7) EuGH 12. 7. 1984, 170/83, *Hydrotherm*, Rz 11.

8) EuGH 16. 2. 2017, C-94/15 P, *Tudapetrol/Kom*, Rz 28; 7. 6. 1983, 100–103/80, *Musique Diffusion française*, Rz 97.

9) EuGH 14. 7. 1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries/Kom*, Rz 136 ff.

10) Art 23 Abs 2 VO 1/2003.

→ Die dritte Fallgruppe betrifft die Haftung von Muttergesellschaften für Kartellrechtsverstöße von Joint Ventures.

a) Alleingesellschafter: Vermutung der wirtschaftlichen Einheit

Nach der Rsp darf die Kom bei Vorliegen einer Kapitalbeteiligung von 100%¹¹⁾ oder nahezu 100%¹²⁾ davon ausgehen, dass die Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der in den Verstoß involvierten Tochtergesellschaft ausübte. Die Vermutung greift auch bei mittelbar gehaltenen Anteilen, wenn die Muttergesellschaft über eine im Alleineigentum stehende Zwischengesellschaft wiederum 100% der Anteile an einer in einen Kartellrechtsverstoß involvierten Einzelgesellschaft hält.¹³⁾ Die **Vermutung der wirtschaftlichen Einheit** erlaubt es der Kom, die Muttergesellschaft gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Geldbuße zu verpflichten.

Nach der Rsp ist die Vermutung zwar grundsätzlich widerleglich: Den beteiligten Unternehmen steht der Beweis offen, dass die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten autonom bestimmt.¹⁴⁾ Die **Widerlegung** ist in der Praxis jedoch so gut wie aussichtslos und soweit ersichtlich noch nie gelungen. Es reicht jedenfalls nicht aus, nachzuweisen, dass die Muttergesellschaft:

- keine Kenntnis von der Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft hatte und auch nicht zu deren Begehung angestiftet hatte;¹⁵⁾
- die Tochtergesellschaft zur Abstellung des Verstoßes angewiesen hat;¹⁶⁾
- keinen gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss ausüben konnte, da im relevanten Zeitraum weder eine Sitzung des Vorstands der Stiftung, auf die die Anteile an der Tochtergesellschaft übertragen worden waren, noch eine Hauptversammlung der Tochtergesellschaft stattfand, und die Stiftung auch keine Änderungen in der Zusammensetzung des Vorstands der Tochtergesellschaft vornahm;¹⁷⁾
- in einer anderen Sparte tätig¹⁸⁾ oder eine bloße Finanzholding¹⁹⁾ ist, und die Tochtergesellschaft daher operativ eine gewisse Eigenständigkeit genießt;
- über die strategischen Pläne der Tochtergesellschaft und deren Umsetzung nicht informiert wurde.²⁰⁾

Die praktische Unmöglichkeit, die Vermutung zu widerlegen, wird in der Lehre teils als mit der Unschuldsvermutung unvereinbar angesehen.²¹⁾ Der EuGH hat eine derartige Argumentation allerdings mit der Begründung, dass die Schwierigkeit der Widerlegung nichts an der grundsätzlichen Widerleglichkeit der Vermutung ändere, abgewiesen.²²⁾

b) Nicht-Alleingesellschafter: Nachweis der wirtschaftlichen Einheit

Bei einer Beteiligung von weniger als (fast) 100% kommt die Vermutung, dass Mutter- und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden, nicht zur Anwendung. In diesem Fall muss die Kom daher nachweisen, dass der Muttergesellschaft ein bestimmender **Einfluss über die Tochtergesellschaft** zukommt und dass dieser auch tatsächlich ausgeübt wurde.²³⁾ Dabei handelt es sich um eine Gesamtwürdigung: Das Beste-

hen einer wirtschaftlichen Einheit kann aus einem Bündel übereinstimmender Umstände hergeleitet werden, auch wenn keiner dieser Umstände für sich allein genügt, um das Bestehen einer solchen Einheit zu belegen.²⁴⁾

Eine wirtschaftliche Einheit liegt ohne Zweifel vor, wenn die Tochtergesellschaft hinsichtlich ihres Marktverhaltens Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.²⁵⁾ Darüber hinaus sind bei der Beurteilung die wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen den Gesellschaften zu berücksichtigen.²⁶⁾ Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit sprechen etwa:

- Personelle Verflechtungen in den Leitungsorganen;²⁷⁾
- Einheitliches Auftreten nach außen, etwa durch Verwendung einheitlichen Briefpapiers²⁸⁾ oder Vertretung der Gesellschaften durch dieselbe Person im Rahmen eines Kartells;²⁹⁾
- Finanzielle Zielvorgaben der Mutter mit detailliertem Berichtswesen etwa hinsichtlich der Verkaufsmengen und -preise.³⁰⁾

Da die Kom nicht nachweisen muss, dass die Muttergesellschaft auf die laufende Geschäftsführung ihrer Tochter Einfluss nimmt, sondern es insb auf das Überwachungs- und Berichtswesen ankommt,³¹⁾ ist auch der Nachweis des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit durch die Kom meist erfolgreich. Auch das Bestehen eines konzernweiten Compliance-Programms schließt nach der Rsp die Haftung der Muttergesellschaft nicht aus, sondern legt vielmehr das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit nahe.³²⁾ →

11) EuGH 10. 9. 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel/Kom*, Rz 61; 16. 11. 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Kom*, Rz 29.

12) EuGH 3. 5. 2012, C-289/11, *Legrís Industries/Kom*, Rz 48; EuG 30. 9. 2009, T-174/05, *Elf Aquitaine/Kom*, Rz 155, bestätigt durch EuGH 29. 9. 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Kom*; EuG 30. 9. 2003, T-203/01, *Michelin/Kom*, Rz 290.

13) EuGH 20. 1. 2011, C-90/09 P, *General Química/Kom*, Rz 88.

14) EuGH 10. 9. 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel/Kom*, Rz 61; 16. 11. 2000, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Kom*, Rz 29.

15) EuGH 20. 1. 2011, C-90/09 P, *General Química/Kom*, Rz 102f.

16) EuGH 20. 1. 2011, C-90/09 P, *General Química/Kom*, Rz 95ff.

17) EuGH 11. 7. 2013, C-440/11 P, *Kom/Stichting Portielje und Gosselein*, Rz 65ff.

18) EuGH 8. 5. 2013, C-508/11 P, *ENI/Kom*, Rz 64f.

19) EuG 30. 9. 2009, T-168/05, *Arkema/Kom*, Rz 76.

20) EuGH 8. 5. 2013, C-508/11 P, *ENI/Kom*, Rz 66.

21) Vgl etwa *Thomas*, Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law, *Journal of European Competition Law & Practice* 2012, 11.

22) EuGH 8. 5. 2013, C-508/11 P, *ENI/Kom*, Rz 68; 29. 9. 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Kom*, Rz 70.

23) EuGH 11. 7. 2013, C-440/11 P, *Kom/Stichting Portielje und Gosselein*, Rz 44.

24) EuGH 1. 7. 2010, C-407/08 P, *Knauf Gips/Kom*, Rz 65.

25) EuGH 16. 11. 2000, C-294/98 P, *Metsä-Serla/Kom*, Rz 27; 25. 10. 1983, 107/82, *AEG-Telefunken/Kom*, Rz 49.

26) EuGH 1. 7. 2010, C-407/08 P, *Knauf Gips/Kom*, Rz 100.

27) EuGH 11. 7. 2013, C-440/11 P, *Kom/Stichting Portielje und Gosselein*, Rz 68.

28) EuGH 1. 7. 2010, C-407/08 P, *Knauf Gips/Kom*, Rz 104.

29) EuGH 28. 6. 2005, C-189/02 P ua, *Dansk Rørindustri/Kom*, Rz 120.

30) EuG 16. 9. 2013, T-379/10 ua, *Keramag/Kom*, Rz 318.

31) EuG 16. 6. 2011, T-197/06, *FMC/Kom*, Rz 121f.

32) EuGH 18. 7. 2013, C-501/11 P, *Schindler/Kom*, Rz 101.

c) Sonderfall Gemeinschaftsunternehmen

Nachdem sie ursprünglich von der Unabhängigkeit von Gemeinschaftsunternehmen (GU) ausgegangen war, begann die Kom in den 2000er-Jahren, Geldbußen wegen von GU begangenen Kartellrechtsverstößen auch gegen die Muttergesellschaften zu verhängen.³³⁾ In den Urteilen *Dow Chemical* und *Du Pont* ist der EuGH dem gefolgt. Erforderlich ist grundsätzlich auch hier (wie bei anderen Beteiligungen von unter 100%), dass die Kom die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden **Einflusses** durch beide Muttergesellschaften nachweist.³⁴⁾ Der Kom kommt aber insofern eine Beweiserleichterung zugute, als sie den bestimmenden Einfluss aus den Corporate Governance-Bestimmungen des GU herleiten kann.³⁵⁾ Den betroffenen Gesellschaften steht diesfalls nur die Möglichkeit offen, nachzuweisen, dass die Geschäftsentscheidungen des GU tatsächlich nach anderen Modalitäten als den vertraglich vorgesehenen gefasst wurden.³⁶⁾

3. Würdigung

Die oben dargestellte Rsp des EuGH führt zu einer erheblichen **Durchbrechung** des gesellschaftsrechtlichen **Trennungsprinzips**. Dieser Eingriff in das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht und die Vereinbarkeit einer Verschuldenszurechnung zur Muttergesellschaft mit dem strafrechtlichen Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit werden in der Lehre vielfach kritisch gesehen.³⁷⁾ Die unter anderem von *Kersting* vertretene Gegenauffassung geht demgegenüber davon aus, dass es gar nicht zu einer Verschuldenszurechnung von der Tochter- an die Muttergesellschaft komme. Vielmehr werde das Verhalten des handelnden Mitarbeiters unmittelbar der wirtschaftlichen Einheit als Normadressatin zugerechnet. Die Feststellung, welche Gesellschaften Teil der wirtschaftlichen Einheit bilden, ist nach dieser Ansicht nur für die Frage der Adressierung der Geldbußenentscheidung relevant.³⁸⁾

Auch wenn die Rsp wichtige Fragen offen lässt³⁹⁾ und die Konzernhaftung rechtsökonomisch durchaus ambivalent zu bewerten ist,⁴⁰⁾ dürfte die Auffassung *Kerstings* den Standpunkt des EuGH wohl treffend zusammenfassen. Dafür spricht auch die jüngst im Urteil *Skanska* erfolgte **Ausdehnung der kartellrechtlichen Konzernhaftung** auf kartellrechtliche Schadenersatzverfahren.⁴¹⁾ Überdies erscheint diese Auffassung auch konsistent mit dem Bemühen des EuGH um eine einheitliche Behandlung von solidarisch haftenden Mutter- und Tochtergesellschaften: So können die Gerichte etwa im Rahmen der geltend gemachten Klagegründe auch Argumente der jeweils anderen Gesellschaft aufgreifen und auf dieser Basis etwa die Dauer der Zuwiderhandlung oder die Höhe der Geldbuße auch zu Gunsten einer Gesellschaft, die ihre Klage nicht mit diesem Argument begründet hat, abändern.⁴²⁾

C. Übertragung auf das Datenschutzrecht

1. Problemaufriss

Wie oben ausgeführt, ist die Geldbußendrohung des Art 83 Abs 4 und 5 DSGVO auch an „Unternehmen“

adressiert. Ferner soll der Unternehmensbegriff nach ErwGr 150 „im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV“ verstanden werden. Dennoch ergeben sich bei systematischer und teleologischer Betrachtung erhebliche Bedenken gegen eine vollständige Übertragung der kartellrechtlichen Konzernhaftung auf das Datenschutzrecht:

Aus systematischer Sicht ist zu beachten, dass gem Art 4 Z 18 DSGVO unter „Unternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, zu verstehen ist. Das Abstellen auf die juristische oder natürliche Persönlichkeit weicht vom **funktionalen kartellrechtlichen Unternehmensbegriff** ab. Der kartellrechtlichen wirtschaftlichen Einheit vergleichbar ist vielmehr die „Unternehmensgruppe“ gem Art 4 Z 19 DSGVO, die aus „*einem herrschenden Unternehmen und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht*“. Die Geldbußendrohung des Art 83 Abs 4 und 5 DSGVO selbst stellt aber wiederum nicht auf die Unternehmensgruppe, sondern auf das Unternehmen ab.

2. Unterschiede zwischen Kartell- und Datenschutzrecht

Ein weiterer Unterschied zwischen Kartell- und Datenschutzrecht liegt darin, dass das Datenschutzrecht, anders als das Kartellrecht, weiterhin kein **Konzernprivileg** kennt.⁴³⁾ Anders als im Kartellrecht, wo Vereinba-

33) Zur Entwicklung s *Mayer*, Kartellrecht: Haftung von Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens, *ecolx* 2011, 835 (835f).
 34) EuGH 26. 9. 2013, C-179/12 P, *Dow Chemical/Kom*, Rz 58; 26. 9. 2013, C-172/12 P, *El du Pont de Nemours/Kom*, Rz 47.
 35) EuGH 18. 1. 2017, C-623/15 P, *Toshiba/Kom*, Rz 51.
 36) EuG 11. 7. 2014, T-541/08, *Sasol/Kom*, Rz 49f.
 37) Vgl etwa *Koppensteiner*, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Unternehmensverbund, *wbl* 2019, 1 (6) mwN; *Thomas*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2012, 11; *Mayer*, *ecolx* 2011, 835 (836) mwN; *Bauer/Anweiler*, EuG: Verneinung der Haftung einer Muttergesellschaft für Kartellrechtsverletzungen ihrer 100%igen Tochtergesellschaft, *ÖZK* 2011, 71 (77); *Voet van Vormizeele*, Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen, *WuW* 2010, 1008 (1012f) mwN.
 38) Vgl etwa *Kersting*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, *WuW* 2014, 1156 (1158); *Kersting*, Konzernhaftung im Kartellrecht, *GesRZ* 2015, 377 (378); ähnlich: *Kokott/Dittert*, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, *WuW* 2012, 670 (675f).
 39) So hat der EuGH etwa trotz Bejahung der Konzernhaftung bei GU die Frage, ob umgekehrt im Verhältnis zwischen GU und Muttergesellschaften auch das Konzernprivileg greift, ausdrücklich offen gelassen: 26. 9. 2013, C-179/12 P, *Dow Chemical/Kom*, Rz 58; 26. 9. 2013, C-172/12 P, *El du Pont de Nemours/Kom*, Rz 47.
 40) So bestehen zwischen Eigentümern und Geschäftsführern Principal-Agent Probleme, was es ineffizient erscheinen lässt, insb nicht kontrollierende Gesellschafter durch Bebußung der Gesellschaft, an der sie beteiligt sind, mit einem Nachteil zu belegen.
 41) EuGH 14. 3. 2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* ua, Rz 28ff. *Kersting*, Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art 101 AEUV, 290 (292) leitet aus der Begründung des EuGH eine gesamthafte Übertragung des Unternehmensbegriffs des Art 101f AEUV auf kartellrechtliche Schadenersatzverfahren ab. Für eine Beschränkung auf die im Ausgangsverfahren gegenständliche Frage der Nachfolgehafung bei Insolvenz des Schädigers hingegen: *Reidlinger*, Konzernhaftung bei Schadenersatz für Kartellrechtsverstöße? Eine Bestandsaufnahme anlässlich des EuGH-Urteils *Skanska Industrial Solutions* ua, *GesRZ* 2019, 97 (99f).
 42) EuGH 26. 9. 2013, C-697/11 P, *Alliance One/Kom*, Rz 103ff; 22. 1. 2013, C-286/11, *Kom/Tomkins*, Rz 43ff.
 43) Vgl ua *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, Rz 1 oder *Paal/Pauly/Pauly*, DS-GVO, Art 47 DS-GVO, Rz 1.

rungen zwischen Gesellschaften, die derselben wirtschaftlichen Einheit angehören, nicht dem Kartellverbot unterliegen,⁴⁴⁾ stellt der datenschutzrechtliche Begriff des „Verantwortlichen“ gem Art 4 Z 7 DSGVO wiederum auf die einzelne natürliche oder juristische Person ab. So werden ja bewusst Übermittlungen zwischen unterschiedlichen Gesellschaften eines Konzerns nicht anders als zwischen einem Konzernunternehmen und einem außenstehenden Dritten beurteilt: Auch innerhalb derselben Unternehmensgruppe ist je nach Art der Datenübertragung

- (i) eine gesonderte Rechtsgrundlage nach Art 6 oder 9 DSGVO,
- (ii) eine Auftragsverarbeitungsvereinbarung nach Art 28 DSGVO oder
- (iii) eine Vereinbarung zur gemeinsamen Verarbeitung und Verantwortung nach Art 26 DSGVO erforderlich.

Dass sich die datenschutzrechtlichen Verbote nicht an die wirtschaftliche Einheit richten, spricht dagegen, die wirtschaftliche Einheit als Gesamtheit für Verstöße gegen diese Verbote haften zu lassen. Dies va auch vor dem Hintergrund, dass eine zugehörige Muttergesellschaft datenschutzrechtlich – außer bei tatsächlicher gemeinsamer Verarbeitung – keinen Einfluss auf die Festlegung der Zwecke der Datenverarbeitungen seiner Tochtergesellschaften nehmen kann und darf.

Unterschiede bestehen schließlich auch in **teleologischer Hinsicht**: Kartellrechtswidriges Handeln dient aus Unternehmenssicht der Gewinnmaximierung. Dabei verursachen die Unternehmen einen Schaden, der aus ihrer Sicht eine Externalität darstellt. Kartellrechtliche Geldbußen dienen dazu, diesen Schaden wiederum bei den Unternehmen zu internalisieren und Unternehmen so zu veranlassen, von kartellrechtswidrigem Verhalten abzusehen.⁴⁵⁾ Eine zu strenge Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips kann es Unternehmen ermöglichen, diese beabsichtigte Internalisierung zu vermeiden.⁴⁶⁾ Diese Überlegungen lassen sich jedoch nicht ohne Weiteres auf das Datenschutzrecht, das primär grundrechtlichen und nicht wirtschaftlichen Zwecken dient, übertragen.

Schlussendlich ist uE daher nicht ohne weiteres anzunehmen, eine „so schwerwiegende Maßnahme wie die Mithaftung der Muttergesellschaft für Datenschutzverstöße“ bloß auf einen **unverbindlichen ErwGr** zu stützen.⁴⁷⁾ Auch nach der Rsp des EuGH kann ein ErwGr alleine, ohne entsprechende Rechtsgrundlage im operativen Teil der DSGVO, keine Rechte und Pflichten begründen.⁴⁸⁾ ErwGr werden zwar zur Auslegung unklarer Bestimmungen verwendet, können jedoch keine über den Text der Verordnung selbst klar hinausgehende Wirkung begründen. Der EuGH führt in stRsp idS an, dass „die Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.⁴⁹⁾ Bei einem Widerspruch zwischen dem verfügenden Teil und den ErwGr, die nur Auslegungshilfen geben, geht stets der verfügende Teil vor.⁵⁰⁾

Es sprechen daher durchaus Gründe für eine **alternative Interpretation** des Verweises in ErwGr 150, die derartige Schwierigkeiten nicht aufwirft. Danach kann der Verweis auf das Kartellrecht auch lediglich dazu dienen, wirtschaftliche von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen.⁵¹⁾ Dies va vor dem Hintergrund, dass der ursprüngliche Entwurf des Rats noch von „Unternehmen mit Erwerbscharakter“ ausgegangen ist. Dieser Begriff wurde in der Finalfassung sodann gestrichen und – gewissermaßen – durch den Verweis auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff in ErwGr 150 ersetzt. Auf dieser Grundlage würde der Begriff des „Unternehmens“ zwar die Abgrenzung von wirtschaftlicher Tätigkeit etwa von Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen⁵²⁾, ermöglichen, nicht jedoch zu einer Übernahme der mit der Systematik der DSGVO nur schwer zu vereinbarenden kartellrechtlichen Konzernhaftung führen.⁵³⁾

3. Gegenmeinungen aus der Lehre und Praxis

In der Lehre wird der Verweis auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff ebenso kritisiert. Daneben finden sich aber auch nicht zu vernachlässigende Argumente für ein Abstellen auf die wirtschaftliche Einheit: Sämtliche Lehrmeinungen verweisen dazu insb auf die englische **Sprachfassung**, die in Art 4 Z 18 auf den Begriff „enterprise“ und in Art 83 auf den auch im Kartellrecht verwendeten Begriff „undertaking“ abstellt. Diese Auffassung findet jedoch in einer Vielzahl anderer Sprachfassungen keine Deckung. Nicht nur die deutsche, sondern auch die französische, die spanische, die niederländische, die rumänische, die italienische und die estnische Sprachfassung verwenden in Art 4 Z 18, in Art 83 und in ErwGr 150 denselben Begriff. Es erscheint daher fraglich, ob sich der kartellrechtliche Unternehmensbegriff tatsächlich vor dem EuGH durchsetzen können, insb vor dem Hinter-

44) Vgl zum Kartellrecht EuGH 24. 10. 1996, C-73/95 P, *Viho*, Rz 17.

45) Daher werden kartellrechtliche Geldbußen optimalerweise anhand von Kriterien bemessen, die den Gewinn bzw den Schaden, der aus dem Verstoß resultiert, approximieren. Vgl für viele *WIs*. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, World Competition 2006, 183.

46) *Hughes*, Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability – Adjusting the Veil, European Competition Law Review 2014, 68 (75 f). In Deutschland etwa war dies bis zur Schließung der sog „Wurstlücke“ durch 9. GWB-Nov möglich, vgl Monopolkommission, Sondergutachten 72, 2015, Rz 1 ff.

47) Vgl dazu deutlich *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 124.

48) EuGH 7. 2. 2018, C-643/16, *The Queen, ex parte: American Express Company/The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury*, Rz 51; 13. 7. 1989, 215/88, *Casa Fleischhandel*, Rz 31; GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge zu C-222/02 *Paul/Deutschland*, Rz 132.

49) EuGH 24. 11. 2005, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rz 32; vgl ferner 19. 6. 2014, C-345/13, *Karen Mills Fashions/Dunnes Stores*, Rz 31; 11. 6. 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst/X BV*, Rz 31; 25. 11. 1998, C-308/97, *Manfredi*, Rz 30; 19. 11. 1998, C-162/97, *Nilsson ua*, Rz 54; EuG 23. 4. 2018, T-561/14, *European citizens' initiative „One of Us“/Kom*, Rz 128; 18. 5. 2017, T-166/16, *Panzeri/Parlament*, Rz 94.

50) Siehe dazu *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG Rz 42.

51) So auch schon *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 124.

52) Vgl zB EuGH 12. 7. 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank/Österreich*.

53) Vgl dazu auch deutlich *Zoidl*, Die Konzernhaftung nach der DSGVO – Schein oder Sein? *ecolex* 2019, 428.

grund der Zurückhaltung des EuGH bei der historischen Auslegung und des Bestimmtheitsgebots.⁵⁴⁾

Für die Übernahme des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs wird neben dem ErwGr 150 auch „vor allem der *effet utile*“ angeführt. Ziel sei es, zu verhindern, dass durch eine gezielte Insolvenz der hohe, bewusst abschreckende Strafrahmen ad absurdum geführt wird.⁵⁵⁾ Gerade aus der Kombination dieser Stoßrichtung und dem Wortlaut des ErwGr 150 werde der Wille des Gesetzgebers, nämlich die Anknüpfung an die erkennbare Vorbildfunktion anderer Bußgeldtatbestände aus dem Unionsrecht, deutlich.⁵⁶⁾ Demnach sei „Unternehmen“ in Art 83 DSGVO bewusst iSv wirtschaftlichen Einheit zu verstehen. Allerdings kann die Frage, ob das Recht eine Umgehung von Strafen durch „Leerräumen“ eines Adressaten einer Geldbußenentscheidung zulässt, durchaus von der Frage getrennt werden, auf welcher Basis (einzelne juristische Person oder gesamte wirtschaftliche Einheit) die Geldbuße zu bemessen ist. Was die erste Frage betrifft, lässt die **Interpretation anhand des *effet utile*** eine Übernahme der kartellrechtlichen Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers bei *asset deals*⁵⁷⁾ durchaus plausibel erscheinen. Nach Auffassung der Autoren verlangt der *effet utile* aber keine Übernahme des kartellrechtlichen

Unternehmensbegriffs bei der Geldbußenbemessung, da hohe Bußen kein Selbstzweck sind.

Parallel dazu wurde auch im WP 253 von der Art 29-Gruppe bereits 2017 bekräftigt, dass unter „undertaking/Unternehmen“ die wirtschaftliche Einheit ungeachtet den juristischen Personen, die diese formen, zu verstehen ist. An die Meinungen dieses europäischen Gremiums sämtlicher Datenschutzbehörden der EU orientieren sich va die nationalen Datenschutzbehörden selbst regelmäßig. So haben auch bereits das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht, der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit und die Datenschutzkonferenz angekündigt, den Begriff der wirtschaftlichen Einheit anwenden zu wollen.⁵⁸⁾

54) So schon *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, Rz 43.

55) Vgl dazu *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, Rz 43 a.

56) So deutlich *Uebele*, Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht, EuZW 2018, 440.

57) Vgl EuGH 18. 12. 2014, C-434/14 P, *Parker Hannifin/Kom*, Rz 40; 11. 12. 2007, C-280/06, *ETI*, Rz 42.

58) Siehe dazu mwN *Uebele*: Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht, EuZW 2018, 440 ff.

→ In Kürze

Trotz des deutlichen Verweises in ErwGr 150 bleiben aufgrund des Fehlens einer klaren Norm wesentliche Fragen rund um die Zurechnung von und Haftung für Verstöße im Konzern offen. Dies insb bei Joint Ventures, an denen mehrere Unternehmen beteiligt sind, die wiederum ihrerseits in Konzerne eingebettet sind. Dies könnte durch das Abstellen auf die wirtschaftliche Einheit bei der Frage nach der Bemessungsgrundlage für eine Geldbuße nach Art 83 DSGVO zur Heranziehung eines weltweiten Jahresumsatzes von mehreren (beteiligten) Unternehmensgruppen führen. Angesichts der bestehenden Unklarheiten und unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur ist eine baldige Klärung durch den EuGH dringend erforderlich.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

RA Dr. Heinrich Kühnert, MJur ist Partner und Leiter der Praxisgruppe Kartellrecht bei DORDA.

RA Mag. Nino Tlapak, LL. M. (IT-Law) ist Rechtsanwalt im IP/IT und Datenschutz-Team bei DORDA mit Schwerpunkt auf Datenschutzrecht, Cybersecurity und IT-Vertragsgestaltung.

Kontaktadresse: DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 533 47 95

E-Mail: heinrich.kuehnert@dorda.at, nino.tlapak@dorda.at

Internet: www.dorda.at

Von denselben Autoren erschienen:

Marktmisbrauch durch DSGVO-Verstoß? Ein kritischer Vergleich mit Österreich, erscheint in *Dako* 1/2020.

→ Literatur-Tipp



Datenschutz konkret, Heft 4/2019 Schwerpunkt Daten- und Geheimnisschutz

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



Rechtsanwaltstarif einfach und überall berechnen – mit dem **Tarifrechner Lite**

Gratis auf <http://tarif.manz.at>



© Google

MANZ